PRAEBETE AVRES VOS, QVI CONTINETIS multitudines, quoniam data est à Domino potestas vobis, & virtus ab Altìssimo. Sapientiæ. 6. vers. 3.

POR

EL DOCTOR DON PEDRO DE ABAVNZA;

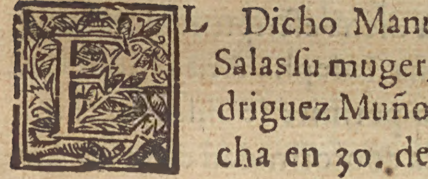
ABOGADO DESTA REAL AVDIENCIA, COMO marido, y conjunta persona de Doña Iosepha Arias Montano; En el pleyto

CON

Los acreedores a los bienes de Manuel

Santos de Saldaña difunto, padre de la dicha Doña Iosepha Arias Montano:

FACTI SERIES.



1 L Dicho Manuel Santos de Saldaña, y Doña Maria de Salas su muger, por escriptura, que passò ante Alonso Rodriguez Muñoz, Escriuano publico desta Ciudad, su fecha en 30. del mes de Iunio del año passado de mil y seyscientos y veynte y ocho, prometieron a la dicha D. Iosepha Arias Mõtano su hija 136U540. Rs. los 83U511. en plata doble, y quatro años de comer, apreciado cada vno en 400. ducados, y sino quisiessen estar en casa del dicho Manuel Santos de Saldaña pagarian en dineros la dicha cantidad, y el resto en ciertos bienes; y auiẽdose contraydo el matrimonio entre los dichos Antonio Pastor, y Doña Iosepha Arias Mõtano, por la susodicha se puso demanda de nulidad a el dicho su marido ratione impotẽtiæ, y fue declarado por nulo el dicho matrimonio.

2 Tratò de casarse segunda vez la dicha Doña Iosepha con el dicho

Doctor Don Pedro de Abaunza; y prometiole en dote la mesma cã-
tidad, que los dichos sus padres le auian prometido con el dicho An-
tonio Pastor, como parece desde fojas 273. hasta fojas 287. ramo 1.
Contraydo el dicho segundo matrimonio, el dicho Doctor Dõ Pedro
de Abaunza executó a los bienes de los dichos Manuel Santos de Sal-
daña, y doña Maria de Salas su muger, citose de remate a Iacinto de
Saldaña su hijo y heredero, sentiose la causa de remate, y acomulose a
el pleyto de acreedores del dicho Manuel Sãtos de Saldaña, y passados
los terminos, y solemnidades del derecho, por sentencia del juez Ordi-
nario fue graduada la dicha doña Iosepha conforme a la antelaciõ de
la dicha carta de dote, que sus padres auian otorgado en su fauor por
la cantidad en ella contenida. Y por parte de los dichos acreedores
se apeló de la dicha sentencia, y el pleyto està pendiente en esta Real
Audiencia, y visto para determinarse.

3 Pretenden los acreedores no auersele de dar grado a la dicha doña
Iosepha Arias Montano por la dicha su dote; y caso q̃ se le aya de dar,
auerse de pagar la mitad della de la dote que lleuó la dicha doña Ma-
ria de Salas su madre a poder del dicho Manuel Santos de Saldaña su
marido; la dicha Doña Iosepha dize se ha de confirmar la sentencia
del Ordinario, como en ella se contiene, y para inteligencia de su justi-
cia se presupone en el hecho lo siguiente.

4 Lo primero, que a el tiempo que la dicha dote se prometio a la di-
cha doña Iosepha Arias Montano, tenia el dicho Manuel Santos de Sal
daña, y la dicha doña Maria de Salas su muger por bienes, y caudal su-
yo mas de 511U748. reales de plata doble, y mas de 160U. reales de
vellon, como consta del dicho pleyto, y tã solamẽte deuia a sus acree
dores 251U319. reales de plata, y de vellon 21U600. reales.

5 Lo segundo, que ay pacto expresso en la dicha escriptura dotal, que
la dicha dote se restituyesse a la dicha doña Iosepha Arias Montano
en qualquiera de los casos, que el derecho permite se disuelva el ma
trimonio por muerte, o por vida; y en esta conformidad el dicho An-
tonio Pastor se obligó a restituyr la dote a la dicha Doña Iosepha, en
qualquiera de los dichos casos, como consta a fojas 281. a la buelta,
ramo 1.

6 El fundamento que pretẽden tener los dichos acreedores es dezir,
que la dote prometida a la dicha D. Iosepha fue por contemplacion
del matrimonio tratado con el dicho Antonio Pastor, y q̃ la causa fi-
nal de la dicha promessa dotal, fue el dicho matrimonio que hizo el
contrato condicional, y que auiẽdose declarado por nulo el dicho ma-
trimonio no se cumplio la condicion, ni consistió la promessa dotal.

Y que

Y que caso que la dicha dote se aya de pagar, la mitad della se ha de satisfazer de la dote, que la dicha D. Maria de Salas lleuò a poder del dicho Manuel Santos de Saldaña su marido.

7 Por parte de la dicha doña Iosepha se responde, que de la promessa dotal, que los padres hazen induze el derecho vna donacion perfecta, y irreuoble, como lo fue la que los dichos sus padres le hizieron, porq̃ la causa final de la promessa de dote, que prometen los padres, no es el matrimonio ya destinado (que este es causa impulsiua) porque la final es dotar sus hijos, assi por la natural obligacion, como por el particular afecto que tienen de dotarles; y que principalmente en el caso de este pleyto, la promessa dotal no pudo ser condicional, ni respectiua a el matrimonio destinado, por auer sido hecha la dicha promessa por quenta de la legitima de la dicha Doña Iosepha, en la qual no puede ponerse condicion, ni grauamen, como lo fuera obligarla a contraer matrimonio cierto, y que no se estẽdiera la dicha promessa a otro matrimonio, y q̃ aũ quãdo estuuieramos en caso mas estrecho de promessa de dote condicional, no se pudiera dudar auerse purificado la cõdicion en el matrimonio primero, q̃ fue putatiuo, demas de que es causa bastante auer contraydo la dicha D. Iosepha segũdo matrimonio con el dicho Doctor Don Pedro de Abaunça (para q̃ aunque no se huuiera contraydo el primer matrimonio con el dicho Antonio Pastor) se deuiera la dicha dote, y assi funda su justicia en los puntos siguientes.

His in facto huius litis suppositis, se presupone tambien notissimi
8 iuris esse, que todo lo que adquirian los hijos, qui in sacris paternis erant cõstituti Digestorũ iure, lo adquirian a los padres, l. placet, ff. de adquirend. hæredit. l. adquiritur, ff. de adquirend. rerum domin. cum vulgatis; y mediante esto no consistia la obligacion, que el padre hazia a el hijo constituydo en la patria potestad, porque se bolvia a readquirir la accion a el padre. l. si quis pro eo, §. item si filius, ff. de fideiussor. & ratio est, porque no se diera accion, y passion en vn mismo sujeto, y el padre viniera a ser deudor, y acreedor de si mismo, Antonius Gomez in l.
9 17. Tauri num. 4. Lo qual no tiene lugar en la promessa dotal, que el padre haze a la hija, porque della se le adquiere accion eficaz, para poder cobrar de su padre la dote prometida, quod est fauore dotis, vt probant textus in l. Pomponius Philadelphus, ff. familiæ hercis, his verbis: *Pomponius Philadelphus dotis causa prædia filiæ quam habebat in potestate tradidit*: Et inferius: *Filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, species dotis cuius capax fuisset, defendi*. l. pater filiæ 17. ff. de euictionibus, ibi. *Inter est enim, patris filiam dotatam habere, & spem quandoque recipien-*

cipiendæ dotis, vtiquè si in potestatè sit. l. quotiens 28. ff. soluto matrimon. ibi: *Non nisi consentiente filia poterit, quamuis in potestate sit, quia deteriorem conditionem in dote filiæ facere non potest.* Decius cons. 239. n. 1. Alex. cons. 117. n. 21. lib. 6. Iasson cons. 117. nu. 2. lib. 4. Baldus Nouelus de dote 6. parte priuileg. 80. Fachineus lib. 13. controuers. cap. 60. Philippus Pascalis de viribus patriæ potestatis, 1. p. cap. 4. n. 34. Petr. Surd. cons. 206. nu. 21. Paul. Castrens. in l. cũ pater 77. §. pater filiæ, num. 3. ff. de legat. 2. Guido Papa, decis. 145. per totã, Bald. in l. 2. C. de inofficios. donat. n. 5.

PVNTO I.

10 POR La promessa de dote hecha a la dicha Doña Iosepha Arias Montano por sus padres, quando la trataron de casar con el dicho Antonio Pastor, se le adquirió a la susodicha accion hypothecaria, cõtra los bienes de los dichos sus padres, de tal suerte, que aunque no se consiguiesse el dicho matrimonio, puede pedir la susodicha la dicha dote, y auerla prometido a el dicho Doctor Don Pedro de Abaunza. Nam si pater desponsando filiam per verba de futuro promisserit dotem sponso filiæ nomine, & illa sponsalia non sortiantur effectum, nihilominus eadem dos debetur in secundo matrimonio. Sic eleganter Philippus Pascalis de viribus patriæ potestatis, 1. p. c. 4. nu. 94. in fine, his verbis: *Tertia eiusdem (roti conclusio est, quod si pater desponsando filiam per verba de futuro dotem promisserit, & illa sponsalia non sortiantur effectum, nihilominus eadem dos debetur pro alio matrimonio, & hic est propriè casus de quo agitur, pro qua conclusione allegat tex. in l. 2. §. si sponsa, ff. de priuileg. cred. vbi sponsa de futuro consequitur priuilegia dotis, etiam non secuto matrimonio*, & fere ijsdem verbis Galganetus de iure publico, lib. 3. tit. 99. n. 47. & 78. lo mesmo resuelven en propios terminos Crotus in repet. l. si constante, 2. lectura. ff. solut. matr. n. 19. Acacius Ripol. variarum, cap. 9. nu. 241. Mantica de tacitis & ambiguis conuent. lib 12. tit. 11. num. 9. Augustinus Beroius cons. 40. vers. 1. n. 58. Signorolus de Homodeis. cons. 213. Decius cons. 35. per totum, Desiderius Guidonius cons. 170. nu. 93. vol. 1. qui sic iudicatum per tres sententias testatur; fundase esta certissima doctrina en las razones siguientes.

11 Lo primero, porque de la promessa dotal hecha a la hija, induze el derecho vna irreuocable donacion, es texto expresso, y elegante la ley final, C. de dotis promiss. quæ sic ait: *Sed si simpliciter dotẽ, vel ante nuptias donationem dederit, vel promiserit, ex sua liberalitate hoc fecisse intelligi,*

ligi,& postea: *Liberalitas, itaque talis remaneat vera, & irreuocabilis, vt puro nomine, & liberalitas, & debitum suam sequantur fortunam.* l. cum quidam 31. §. sancimus, C. de iure dot. l. ex morte 9. vers. similique modo, C. de pactis conuent. l. fin. §. si à socero. ff. quæ in fraudem credit, ibi: *Quasi ex donatione aliquid ad eam peruenisse.* Sic Leander Galganetus. de iure pub. lib. 3. tit. 99. nu. 1. Philippus Pascalis de virib. patriæ potest. 1. p. c. 4. n. 80. Baldus Nouelus in tractatu de dote 6. p. priuil. 80. n. 1. & cómuniter DD. in l. fin. C. de dotis promissione, Decius cons. 35. Molfesius in Neapolitanis, tom. 1. p. 6. q. 2. n. 19. quâ plures referens Zazius in l. si extraneus, ff. de condit. causa dat. num. fin.

12 Por lo qual la dote prometida a la hija dicitur ipsius filiæ proprium patrimonium esse, textus in l. 3. §. sed vtrum, ff. de minoribus, in illis verbis: *Quoniam dos ipsius filiæ proprium patrimonium est.* Authentico de æqualitate dotis, §. quia vero, collat. 7. dóde hablando de dote prometida por el padre a la hija, dize: *Quia semel alienata est ab eius substãtia;* y por esta mesma razon dicitur æs alienum, l. fin. ff. de collat. dot. ibi: *Et erit æris alieni loco, abcessit enim à bonis patris*, Rodericus Suarez in l. 9. tit. de litibus, n. fin. Zazius in l. si extraneus, ff. de condit. causa dat. Romanus in l. debitor 59. ff. ad S. C. Trebell. n. 14. Iasson in auth. nouissima, C. de inofficioso testament. nu. 46. & in leg. 2. §. quod si in patris, ff. soluto matr. nu. 2. Gratianus tom. 3. discept. forens. cap. 556. num. 1. Franciscus Marcus decis. 333. num. 2.

13 Lo segundo, porque la causa final de la promessa dotal, que el padre haze a la hija, est ipsa filia, cuius cótemplatione dotem genero promisit, non matrimonium iam destinatum cum quadam certa, & determinata persona, textus elegans in l. si nuptura Titio 41. §. 1. ff. de fundo dotali, ibi: *Propter vxorem enim videtur is fundus ad maritum peruenisse.* l. vnic. §. accedit, C. de rei vxoriæ act. his verbis: *Tuc præsumatur mulierem ipsam stipulationem fecisse;* donde el Emperador dize, que se entienda que la hija interpuso la estipulacion, porque respecto de que la promessa dotal se hizo por su contemplacion, quiere el derecho que se entienda, que ella interpuso la dicha estipulacion de dote sibi redenda. l. ex morte, §. hoc tamen, vers. similique modo, C. de pactis conuẽt. dum ait: *Quoniam & alio pro ea offerente dotem, ipsa eam pro se videtur offerre.* Galganetus de iure publico, lib. 3. tit. 99. nu. 67. Oldradus cons. 5. Natta cons. 609. Petrus Surdus decis. 322. nu. 84. Bertran. cons. 1. n. 3. vol. 1. Craueta cons. 114. nu. 17. Decius cons. 35. nu. 6. Bombinus cons. 61. nu. 6. Tiberius Decianus, respon. 7. nu. 12. vol. 1. Cephalus cons. 143. lib. 1. Socin. Iunior cons. 58. nu. 11. vol. 2. & alij innumeri.

14 Y se manifiesta mas, ser la hija la causa final de la dicha promessa dotal, con que no es verosimil, que el padre prometiesse la dicha dote, por contemplacion del marido; y assi vna vez prometida no se puede presumir, que si el primer matrimonio no se consiguiera, quisiera el padre que su hija quedara indotada, es texto elegante la ley cum pater 77. §. pater certam, ff. de legat. 2. qui sic ait: *Quoniam verisimile non erat, patrem interponi stipulationem voluisse, quod filia post primas nuptias indotata constitueretur*; y el Authent. de æqualitate dotis, §. quia vero, collat. 7. ibi; *Quid enim egerat, si non contigisset secundis eam nuptijs copulari.*

15 Lo tercero, porque la dicha promessa de dote, y donacion, q̃ los padres hazen, se entiende ser hecha por cõtemplaciõ de la hija, y assi por la natural obligacion que el padre tiene de dotarla, ex l. qui liberos 19. ff. de ritu nupt. l. si pater 7. C. d̃ dotis promissione, ibi: *Nec enim leges incognitæ sunt quibus cautum est, omnino paternum esse officium, dotem, vel antenuptias donationẽ pro sua dare progenie.* l. 8. tit. 11. p. 4. in illis verbis: *E otro si ha que son tenudos de las dar por premia, maguer non quisieran, assi como el padre, quãdo casa a su fija q̃ tiene en su poder.* Et ideo pater dicitur esse, quasi debitor filiæ in dote, glossa in l. mulier, §. cũ proponeretur ff. ad Trebell. Gomez Arias in l. 15. Tauri, nu. 5.

16 Como por la natural afeccion, que el padre tiene de dotar a sus hijas. l. Gaius Seius 45. ff. solu to matr. ibi: *Sed permittendum est nepti, ex hac auita conuentione, ne commodo dotis defraudetur, vtilem actionem, fauore enim nuptiarum, & maximè propter affectionem personarum ad hoc recurrendum est.* l. non solum 67. §. 1. ff. de ritu nuptiar. l. quidam cũ filium 46. ff. de hæredibus inst. nam pater, propter istam naturalem affectionem, optat dotare filiam in vita sua, l. falsus, §. Iulianus, ff. quod falso tutore autore, ibi: *Et magis probat patri ignoscendum esse, qui filiam suam maturius in familiam sponsi perducere voluit: affectu enim propentiore, magis quam dolo malo id videri fecisse.* Marta in summa de successione legali, 1. part. q. 13. art. 6. n. 19.

16 Lo quarto, porque es regla cierta, que si el que aliàs erat donaturus mulieri, diesse en dote a el esposo con quien estaua tratada de casar la cantidad que le auia de donar, aunque no se consiga el matrimonio, le compete tan solamente la repeticion a la tal muger para cobrar de su esposo lo que recibio por dote de la susodicha, y no a el donante la cõdiccion, causa data, causa non secuta, text. expressus in l. si donaturus 9. ff de condit. causa dat. causa non seq. vbi Paulus in hæc verba; *Si donaturus mulieri, iussu eius sponso numeraui: nec nuptiæ secutæ sunt: mulier condicet.* l. qui se debere 7. vers. sed si cum sciret, ff. eodem; luego si esto se obserua en la promessa hecha por el estraño, que aliàs erat donaturus,

mucho

mucho mas bié deue correr esta regla en el padre, que aliàs filiam erat dotaturus, y como està dicho, quando promete en dote alguna cátidad a su hija, induze el derecho vna donacion irreuocable, ex d. l. fin. C. de dotis promiss. ita Philippus Pascalis de patria potestare. 1. p. cap. 4. nu. 85. y porque quando pater promittit dotem sponso pro filia censetur munus ad quod tenebatur implere. l. si cũ dotem, §. si pater, ff. soluto matr. l. cũ dotem, ff. de iure dot. Galganetus de iure publico, lib. 3. tit. 99. nu. 2.

18 Lo quinto, porque es mas euidente, que la dicha promessa fue hecha por contemplacion de la dicha Doña Iosepha Arias Montano, y q̃ como de donacion irreuocable le quedase siempre accion integra para repetirla, etiam sino se consiguiesse el matrimonio con el dicho Antonio Pastor, si se atiende a el pacto que se expressó, entre los cõtrayentes en la dicha carta de dote, de que en qualquier caso que se dissolviesse el dicho matrimonio, por muerte, o por vida, en los casos en que el derecho permite, la dicha dote se restituyesse a la dicha D. Iosepha, & sic cũ pater stipulatur dotem reddi filiæ, etiam si matrimoniũ non sequatur competit actio filiæ ad petendam dotem promissam, sic Baldus Nouelus in tract. de dote, 6. p. priuilegio 80. n. 1. cuius elegantia verba sic consulto transcribo. *Sed etiam vt ab ipso initio possit tota dos quæri ipsi filiæ, puta si pater stipularetur dotem reddi ipsi filiæ, quo casu efficitur præcipua ipsi filiæ, ex quadam donatione paterna: & sic etiam vt ipsa filia possit sola agere secundum Dinum, Bart. & DD. communiter in l. post dotem, ff. soluto matr. & Bald. in l. 2. §. 1. ff. eodem, vbi dicit ita consuluisse, Iaco de Bel. & Iaco But.* Petrus Surdus cons. 206. nu. 10. qui sic ait: *Et quod filiæ adquiritur, etiam quando matrimonium non esset secutũ, quia nihilominus si pater est stipulatus dotem reddi filiæ, soli filiæ dabitur actio ad repetendum.* Ioannes Campegius in tract. de dote, 3. p. q. 66. vbi ita scripsit: *Quinimo plus potest dici, quod si pater sit simpliciter stipulatus, dotem reddi filiæ, nec dum soluto matrimonio sola filia agere posset, sed etiam si matrimonium non esset secutum*: resuelven lo mesmo en propios terminos Iacobinus da Sancto Geor. in l. profectitia, n. 8. ff. de iure dot. Picus in l. in quartam, ff. ad S.C. Trebell. nu. 233. vbi dicit hanc esse communem opinionem eandem probauit Rubeus cons. 25. num. 15. Craueta cons. 84. nu. 3. Sriaca in tract. de adiec. part. 3. nu. 142. Decius in l. illam nu. 16. C. de collat. Parpal. in l. 2. §. quod si in patris, ff. solut. matr. nu. 2. vbi Crotus nu. 4. & Baldus ibidem, nu. 4. Ripa in l. si extraneus, n. 3. ff. de condit. causa data, Imola cons. 100. Cardinalis Mantica decis. 160. num. 13. Decius consil. 35. num. 1. Paulus Castr. in l. Gaius, num. 8. ff.

 soluto

soluto matrim. Thesaurus quæst. forens. lib. 1. quæst. 63. num. 6.

19 Lo sexto, porque el q̃ tiene facultad de declarar vna cosa, o tassarla vna vez hecha, la dicha tassacion, o declaracion, no puede variar, principalmente quando ay perjuyzio de tercero, y como està a el arbitrio del padre el declarar, y señalar la cantidad de dote que dà a su hija, la qual es obligado a darle, vna vez señalada no la puede diminuir, porq̃ ya se le ha adquirido el derecho irreuocable a la hija, vt tenet glossa in l. quidquid adstringendæ, ff. de verb. obligat. de la mesma suerte, que el juez no puede declarar su sentencia dudosa mas de vna vez, vt tenet Bald. in l. 2. C. de sent. ex breuil. recit. & in l. de die, nu. 5. ff. qui satisdare cog. Philippus Pascalis de virib. patr. potest. 1. p. c. 4. n. 93. Galganetus de iure pub. lib. 3. tit. 99. n. 40. & 41. Decius cõs. 35. n. 4. vers. hoc idẽ: y esto es en tãto grado cierto, q̃ aũq̃ aya nulidad en el matrimonio en q̃ se hizo la promessa dotal, no puede el padre diminuir la dote vna vez prometida a su hija, vt tenet idẽ Pascalis vbi sup. his verbis: *Et in proprijs terminis, quod dos semel declarata, etiã nulliter nõ possit amplius minui plene fundat pluribus rationibus, Curt. Sen. omnino videndus in cons. 27. incipiente Magnificus Dominus, n. 28. & 32. cũ seqq.* Galganetus vbi supra, n. 43. y en el 44. infiere: *Quod si pater in testamento nullo legauit quantitatẽ filiæ pro dote, non potest illa quantitas diminui, quia illius est, semel facta declaratione, quod sufficit etiam ex actu nullo,* l. qui à patre, ff. de confirman. tutor.

20 Lo septimo, porque aunque en la escriptura dotal se diga, que la dote se promete a el marido, con quien està tratado el matrimonio, no por esto la dicha promessa se entiende ser hecha a el marido por contemplacion de aquel matrimonio, sino a la hija, quia non est curandũ cum quo quis loquatur, sed in quem effectus conferatur, text. elegans in l. cũ pater 77. §. donationis 26. ff. de legat. 2. ibi: *Non enim quæri oportet, cũ quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur.* l. fideicommissa. 11. §. interdum 22. ff. de legat. 3. porque siempre se entiende, que el padre dona a la hija, dict. l. finali, C. de dotis promiss. y que despues ambos la prometen a el marido, sic Galganetus dict. lib. 3. tit. 99. n. 4. in hæc verba; *Siquidem prius fingitur pater dotem filiæ donare, & deinde amboram sponso promittere, prout egregie, animaduertit Salicetus in l. ex morte, C. de pact. conuent.* Pascalis vbi supra, num. 70. & comprobatur ex doctrina textus in l. ex morte 9. §. 1. vers. similique modo, C. de pactis cõuet. d. l. vnica, §. accedit, C. de rei vxoriæ act. ibi: *Tũc enim credendum est breui manu acceptum à muliere, & marito datũ,* vt ait text. in l. licet 43. §. 1. vers. nisi, ff. de iure dot. y por esta razon se dize; *Vnum actum occultari;* argumento text. in l. hæc ratio 3. §. sed & si debitorem, ff. de

ff.de donat.inter,ibi: *Nam celeritate coniungendarum inter se actionum, vnam actionem occultari*.sic Decius cons.35.n.3.Cephalus cons.713.n. 5.lib.5. Siluanus cons.2. n. 60.p.1.Bereta cons.26.n.1.lib.1. Desiderius Guidonius inter cons. vltimar.volunt. cons.170. nu. 109. Guido Papa decis.145.nu.1.Bald.in l.2.C.de inofficios.donat nu.5.

21 Lo octauo,porque quando la promessa dotal, que los padres de la dicha D.Iosepha le hizieron (sin perjuyzio de la verdad) fuera condicional,que no fue sino pura,como se dirà en el num. 30.se auia cumplido por parte de la dicha D. Iosepha la condicion con el matrimonio contraydo segunda vez por la susodicha con el dicho Doctor Don Pedro de Abaunza,text.est expressus in l.hæc conditio 10.ff.de condit. & demonst.donde dize el Consulto, que auiendo dexado vn padre cierto legado de dote a su hija para el primer matrimonio que contraxesse, si auiendole contraydo fue nulo,y despues contraxo segundo matrimonio valido,se le deue el legado,aunque huuiesse sido expressa voluntad del padre dexarle el dicho legado por contemplacion, tan solamente del primer matrimonio, sus palabras son estas; *An vero nubendo postea parere conditioni possit, quasi non nupserit, dubitari potest. Et si testator de primo nuptiali iugo sensit; puto defectam conditione: benigne tamen dicendum est, non dum impletam conditionem defectam.*

PVNTO II.

22 QVeda probado en el punto antecedente, que por la promessa dotal,que sus padres hizieron a la dicha D. Iosepha Arias Montano, se le adquirio accion eficaz contra sus bienes, aunque no huuiera contraydo matrimonio con el dicho Antonio Pastor, cō quien los dichos sus padres la trataron de casar;ergo à maioritate rationis,diremos,y serà consequencia necessaria, que se deua a la dicha doña Iosepha la dote,que sus padres le prometieron, auiendose contraydo matrimonio con el dicho Antonio Pastor,que le aya contraydo patet exactis; y aūque el dicho matrimonio despues se declarò por ninguno,ratione impotentiæ, no se puede dudar, que el dicho matrimonio fuesse saltin putatiuo,a el qual conforme a reglas llanas de derecho le competē los priuilegios,que a el verdadero matrimonio, y consequentemente en el dicho matrimonio huuo dote,y priuilegios dotales, vt probatur ex l.2.§.si sponsa,ff.de priuileg.credit.ibi: *Tamen æquum est hanc ad priuilegium admitti: licet nullum matrimonium contractum est*.l.si cū dotem, §.fin,ff.solut.matr.his verbis; *Concedi oportet quasi priuilegium in bonis viri*

ri

ri mulieri: videlicet, vt si sint, & alij creditores hæc præferatur. Nam matrimonium putativum, & verum regulariter æquiparantur, cap. debitū de bigamis, glossa in l. dotale, ff. de fundo dotali, & in l. 1. C. de cond. ob caus. & in l. asiduis, C. qui potiores in pig. hab. vbi Salicetus in 6. q. Palacios Rubios in c. per vestras de donat. inter, §. 22. & in Rubrica. d. Tit. §. 56. nu. 4. Baldus Nouel. de dote, p. 11. limit. 2. Negusancius de pignoribus, membro 4. p. 2. princip. nu. 104. Rolandus de lucro dotis, q. 89. n. 1. Phanucius eodem tract. nu. 19. Mercurialis Merlinus de legitima, lib. 1. tit. 2. quæst. 1. n. 8. & 9.

23 Et sicut in matrimonio vero communicātur lucra inter virū, & vxorem sic in putatiuo, Antonius Gomez in l. 53. Tauri, nu. 77. Rodericus Suarez in l. 1. tit. de las ganancias, Couarrub. de sponf. 2. p. c. 7. §. 1. n. 7. & 8. Tiraq. de legibus connub. gloss. 8. n. 270. Matienzo in l. 2. tit. 9. glossa 2. nu. 4. lib. 5. Recop. Barbacias in cap. ex literis, nu. 19. de pig. Palacios Rubios in Rubr. de donat. int. §. 36. n. 2. & etiam colligitur ex l. 81. Tauri, vbi vxor putatiua tāqu am vera vxor punitur de adulterio, l. 3. §. 1. ff. de donat. inter. l. si vxor 13. §. sed si ea, & §. minor, ff. ad leg. Iulian. de adult. nam æquiparatorū eadem est dispositio, l. 1. ff. de legat. 1. glossa in cap. si post quam, §. fin. de elect. in 6. & in l. si qui seruo, C. de furtis, Menochius casu 88. n. 8. & latissimé Farinac. fragmēt. crim. 1. p. litera E. n. 202.

24 Y en propios terminos de nuestro caso lo resuelve Beroio conf. 40. nu. 58. en estas palabras: *Primus sit quando mulier, seu alius pro ea dotem primo viro dedit, vel promissit: & in primo matrimonio, siue vero, siue putatiuo, deinde contraxit matrimonium simpliciter cum secundo marito, nā tunc dos semel constituta, & promissa in primo matrimonio censetur pro secundo repetita.* Y por esta razon quando se manda vna dote debaxo de condicion si nuptiæ sequantur, luego que se contrae el matrimonio se purifica la condicion, aunque el tal matrimonio se declare por nulo ratione impotentiæ, vel alia qualibet ratione, sufficit namque quod nuptiarum accedat festiuitas. l. sancimus, C. de nupt. Mieres de maiorat. 1. p. q. 39. nu. 3. nam tale matrimonium à principio tenet, & est validū saltim putatiue, vt communiter tenent DD. in cap. puberes de sponf. impub. vbi Abbas n. 4. Hostiensis in summa, tit. de frigidis, & maleficiatis, nu. 3. cum ipso momento quo contractum fuit matrimonium, fuerit, & purificata conditio. l. cum fuerit, ff. de cond. & demonst. sufficit enim quod conditio momētanea semel fuerit adimpleta. l. si quis hæredem, C. de inst. & substit. Oldradus conf. 31. num. 3. & sic iudicatum fuisse testatur, Seraphinus decis. 503. per totam omnino vidēdus.

Mas cōtra tā solidos fundamentos parece, q̄ la parte contraria quādo

do el juez ordinario vio este pleyto para determinarle, propuso algunas dificultades, las quales, y algunas objebciones que se podran oponer, son las siguientes.

PRIMA DIFFICVLTAS.

25 LA Primera dificultad que se opone es, que no puede consistir la dote prometida a la dicha D. Iosepha, auiendose declarado por nullo el matrimonio, que contraxo con el dicho Antonio Pastor, nam dos sine matrimonio consistere non potest, l. dotis 3. ff. de iure dot. vbi sic Vlpianus: *Dotis promissio non refertur ad ea matrimonia, quæ consistere nõ poßunt; neque enim dos sine matrimonio esse potest, vbicumque igitur matrimonij nomen non est, nec dos est.* Mas de ningun modo obita a la dicha doña Iosepha la decision deste texto. Lo primero, porque en el se trata de los matrimonios contraydos cõtra expressas disposiciones de derecho, que ipso iure son nulos, porque en pena de los que contraen tales matrimonios, quiso el derecho que en ellos, ni huuiera dote, ni aun nõbre de matrimonio, vt coligitur ex §. 1. vsque §. si aduersus ea, inst. de nupt. qui sic ait: *Si aduersus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir, nec vxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* l. incestæ 52. ff. de ritu nupt. y que la dicha ley 3. hable en los matrimonios contraydos cõtra expressas disposiciones de derecho se manifiesta de sus palabras, ibi: *Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quæ consistere non possunt*: y assi entiende Acursio llanamente este texto, y Sebastian Nebio in suis iuris systematibus, le suma desta suerte: *Dos ex illicito matrimonio non debetur, nec maritus ex tali quid lucratur.* Francos lib. 4. vocab. verbo dos ex inutili matrimonio, Odofredus in d. l. 3. nu. 1.

26 Lo segundo, porque antes de la dicha ley 3. se manifiesta mas la justicia de la dicha D. Iosepha, pues de ella se colige, que donde ay nombre de matrimonio consiste la dote, vt à contrario sensu deducitur ex illis verbis: *Vbicumque igitur matrimonij nomen non est nec dos est.* Luego auiendo (como huuo) en nuestro caso matrimonio putatiuo, y consequentemente nombre de matrimonio, no se puede negar que aya consistido la dote, y priuilegios dotales, vt patet ex l. 2. §. si sponsa, ff. de priuileg. creditor. l. si cum dotem, §. fin. ff. soluto matr. & dictum est supra puncto 2. per totum.

SECVNDA DIFFICVLTAS.

27 LA Segunda dificultad, y que mas podrà ponderar la parte contraria, es dezir, omnis dotis promissio futuri matrimonij tacitam cõ-

 ditio-

ditionem accipit; y que assi mesmo es regla general, dotis promissionem in primis dumtaxat nuptijs destinari, neque ad aliàs nuptias durare obligationem, ex l. dotis promissio. l. stipulationem, ff. de iure dot. l. item quia, §. 1. ff. de pact. l. bobes. §. hoc sermone, ff. de verb. signif. cũ alijs; y que este principio procede etiã sino se dixesse, y señalase la persona cũ qua matrimonium erat contrahendum, cũ sermo simpliciter prolatus pro prima vice intelligatur, vt sumat & notat Bald. in l. licet, ff. de iure dot. ergo à maioritate rationis, se podra dezir, que auiendo sido la dote prometida a la dicha D. Iosepha, para que contraxera con cierta, y determinada persona, y para destinado matrimonio, no auiẽdo tenido efecto el tal matrimonio, no pudo subsistir la promessa dotal; y para esto se pretende valer de la doctrina del señor Don Iuan del Castillo de coniecturis, atque interpr. vltim. vol. lib. 5. tom. 6. c. 119. y de la doctrina del señor don Iuan Bautista de Larrea en las decissiones Granatenses, decis. 33. y de otros autores que se diran.

28 Mas en ningun modo obstan los textos, y autoridades referidas, porque ay gran diferencia entre la dote prometida por el padre, y la que promete el estraño, pues como queda fundado latamente en el pũto 1. en la promessa dotal hecha por el padre, induze el derecho vna donacion irreuocable, por ser la causa final della la mesma hija, por la natural obligacion, y afeccion, que el padre tiene de dotarla, no el matrimonio tratado, cũ certa, & determinata persona; y por las demas razones, q̃ en el dicho punto 1. quedan bastantemente probadas. Quod quidem secùs est in extraneo, porque la promessa que este haze para cierto, y determinado matrimonio, es la causa final ipsum matrimonium, sic eleganter Acàcius Ripol. variarum, cap. 9. nu. 241. qui sic ait: *Quæritur vlterius si tractato matrimonio cum aliquo, dos fuerit contemplatione illius matrimonij promissa domicellæ, an si illud matrimonium non adimpleatur, promissio illa dotis valeat, & sic puella actionem habeat, ad dotem petendam, si cum alio contrahat. Respondeo quod si promissio illa facta fuerit ab extraneo, ratione alicuius matrimonij certi, eo non adimpleto, dotis promissio non est efficax, neque ipsi puellæ ius aliquod acquiritur, ad dotem illam petendam, pro alio matrimonio. Secus vero si promissio facta fuerit à patre quia tenetur, cum simpliciter ad dotem habitus fuerit respectus.* Sic Decius cons. 35. nu. 4. Philippus Pascalis de vir. patr. potest. 1. p. c. 4. n. 109. his verbis: *Ratio autem differentiæ inter patrem, & extraneum est manifesta: nam extraneus dotando habet affectionem ad illud matrimonium pro quo ex sua mera liberalitate dotem promissit, & ideò ad illud facilius restringitur*

tringitur argumento,cap.cum dilectus de consuet. sed non idem est in patre, qui habet onus dotandi filiam, & proinde dum dotem promittit, videtur munus ad quod tenebatur explere,vt dicitur in d.l.fin.C.de dot.promiß.& consequenter non magis censetur respicere vnum matrimonium, quā aliud.

29 Y que sea comun esta doctrina etiam,aunque no se consiga el matrimonio tratado por el padre con cierta,y determinada persona,quod filia possit agere contra bona paterna,para cobrar la dote que se le prometio,resolvunt Stephanus Gracianus discept.301.n.30.in hæc verba: *Quamuis in patre dotante aliud sit cum dotando videatur satisfacere propriæ obligationi,& dotatio subsistet, & erit irreuocabilis,etiam si matrimonium non sequatur.* Y por no dilatar este informe,no pongo las palabras de los que se siguen, que del mesmo modo lo resuelven, Pascalis vbi supra,num.107.Tello Fernandez in l.17. Tauri,n. 78. Palacios Rubios eadem lege,n.46.Gomez Arias in l.15. Tauri ex nu. 29. vsque ad 32. Decius cons.35.n.3.& 4.vers.pater enim,Campegius de dote,1.p.q. 66.& 130.Mantica de tacitis & ambig.conuent.lib.12.tit.11.nu.9. Galganetus d.tit.99.n.87.Magonius in Florentinis decis.83. idem Mantica decis.166.n.14.Romanus in l.si extraneus,n.3.ff. de cond.caus.dat. vbi Iasson nu.16.Mercurialis Merlinus de legitima, lib.3.tit.1. q.8.nu.47. Baldesius in additionibus ad Rodericum Suarez in l.quoniam in prioribus ad nu.1.fol.mihi 453. Segura in l.vnum ex familia,§. si fundum, ff.de legat.2.n.127.Cephalus cons.145.n.6.vol.1.Laderchius cons.25. nu.4.Mangilius de imputationibus,q.56.& 66. Zazius in d. l. si extraneus,n.fin.vbi Alex.n.4. Desider.Guid. cons.170.nu.93.lib.1. cons.vlt. volunt.& sic iudicatū fuisse affirmat Soc.Iun.cons.35.n.13.lib.1.Ripa in l.1.n.3.ff.solut.matr.de forma,q̄ todos los textos traydos por cōtrarios hablan en promessa hecha por el estraño,no por el padre.

30 Y menos obstan los lugares del señor Don Iuan del Castillo, y del señor Don Iuan Bautista de Larrea, y los autores por sus mercedes citados,que adelante se mencionaran; porque todos los dichos lugares hablan en materia de mayorazgo,y en mejora de tercio y quinto, hecha por contemplacion de matrimonio cierto,el qual no se llegó a cōtraer,que es muy diferente caso del nuestro,pues en el que refieren los dichos Doctores la destinacion de la dote para matrimonio cierto como ellos dizen,se reputa por condiccion,y esta siendo,como es,grauamen,se puede imponer a la hija en lo que excede de su legitima; lo qual no puede correr en nuestro caso, porque la dote prometida a la dicha doña Iosepha,fue por quenta de su legitima,y cupo en ella, y assi no se le pudo poner condiccion,por ser grauamen,como lo fuera des

tinar la dicha dote a matrimonio cierto, y que no se pudiera estender a otro ninguno, como elegãtemẽte lo resuelve Bartulo en la ley Titio cẽtum, §. Titio genero, ff. de cond. & demonst. n. 4. en estas palabras: *Sed in patre si quid legat nomine dotis cõtẽplatione certi matrimonij*. Et postea: *Si aliàs legitimam non relinqueret, tũc de iure dico, legatum factum pro dote purũ esse.* Et infra: *Et sic est magis quædã monitio, vt filia inde se nubat, quàm sit grauamen.* l. muto, §. 1. ff. de tutel. Mercurialis Merlinus de legitima, lib. 3. tit. 1. q. 9. nu. 30. qui sic ait: *Sextus est casus quando dos legitimam excedit, & tunc affirmandum est, quod onus siue factum sit in constitutione dotis, siue postea sustineatur in eo, quod legitimam excedit.* Mantica de cõiectur. vltim. volunt. lib. 7. tit. 8. num. 32. Paulus Castren. cons. 59. n. 1. in fin. & cons. 468. nu. 1. Romanus cons. 134. n. 3. Cephalus cons. 22. nu. 12. Corneo cons. 35. lib. 4. Alex. cons. 55. nu. 6. & 7. lib. 2. Guido Papa cons. 98. nu. 2. Paris cons. 43. n. 36. lib. 3. Socinus Sen. cons. 109. n. 3. lib. 1. Abb. cons. 92. lib. 2. Baldus cons. 145. & 248. & sequenti, lib. 4. Angelus cons. 124. num. 4. Viuius decis. 238. lib. 2. Franciscus Marcus decis. 333. vol. 1. Mangilius de imputationibus, quæst. 16. nu. 18. Marescotus lib. 1. variarum, cap. 28. n. 1. & 2. Corrasius in l. frater à fratre, §. quæsitum à nu. 60. vsque ad 62. Alex. in l. si cum dotem, notabil. 5. ff. soluto matr.

31 Y es en tanto grado cierta la doctrina referida, que si el padre no estipula que se le buelva la dote in quẽcumque casum soluti matrimonij, no vale el grauamen impuesto en el excesso de la legitima, vt tenet idẽ Merlinus vbi supra nu. 33. dicens hanc esse doctrinam Baldi cons. 59. lib. 2. Bart. in l. fin. §. filiæ, ff. de legat. 2. Vazquez de successionum creatione, § 10. num. 260. Thesauri, lib. 1. q. 63. à num. 6. ad 8. Manticæ de coniectur. vltim. volunt. lib. 8. tit. 7. n. 27.

32 El señor Don Iuan del Castillo en el cap. 119. lib. 5. tom. 6. demas de hablar en excesso de legitima, en el num. final resuelve, que todo lo q̃ ha dicho no procederà, quando consta, o se puede legitimamente colegir, que la donacion, y institucion de vinculo no se hizo por contemplacion del matrimonio, sino por fauor de los de su familia, con que viene à resolver la question en nuestro fauor, pues consta de la escriptura de dote, auer sido la causa final de la promessa dotal la dicha Doña Iosepha, y auerse hecho por su contemplacion, pues los dotadores interpusieron en su fauor la estipulacion, o pacto de que se le restituyesse a la susodicha la dicha dote, en qualquiera de los casos que se dissoluiesse el dicho matrimonio, por muerte, o por vida.

33 Y assi mesmo Azeuedo en la ley 1. tit. 6. lib. 5. Recop. nu. 41. Baeça de non meliorandis ratione dotis filiabus, cap. 21. y Tello Fernandez en

en la ley 17. de Toro, nu. 76. Angulo de melioration. l. 1. gloss. 7. nu. 9. el Padre Molina de iustitia & iure, tom. 3. disp. 584. nu. 3. y el señor Molina de Hispan. primog. lib. 4. c. 2. nu. 18. Mieres de maioritab. 1. p. q. 39. nu. 11. citados por el dicho señor Don Iuan de Larrea, ninguno habla en nuestro caso, sino en materia de vinculo, y mayorazgo, y mejora de tercio y quinto; y en estos casos la promessa dotal es hecha de bienes extra legitimam, y assi mesmo hablan en caso que no se consiguió ningun matrimonio, como en todos los dichos lugares se podrá ver. Y lo que mas quieren dezir es, que el padre podrà reuocar la donacion dotal, con que suponen ser valida, y hablan algunos en mejora hecha a el hijo; la qual es voluntaria, y que el padre no tiene obligacion a hazerla, ni puede ser compelido a ello, como lo resuelve el mesmo Angulo vbi supra nu. 10. vers. rursus, circa finem. Lo qual no corre en nuestro caso; pues es precissa obligacion del padre dotar a la hija, l. fin. C. de dotis promiss. y en el se cosiguierõ dos matrimonios, el primero putatiuo, y el segundo, que oy consiste con el dicho Doctor D. Pedro de Abaunza:

34 Y Tello Fernandez in d. l. 17. Tauri, nu. 78. resuelve en nuestro fauor, aun en caso de mejora, en estas palabras: *In primis considerari oportet, quod ideo donatio ex causa dotis, & si matrimonium non sequatur, est irreuocabilis, quia illa promissio, vel traditio, dicitur propriùs solutio debiti; nã cum pater invitus, vel volens teneatur filiam dotare ex officio paterno secundum, tex. in l. fin. C. de dotis promiss. quando pater donat ex causa dotis, non dicitur donare, sed debitum soluere, vt declarat Decius cons. 35. num. 3. vers. pater enim, & in addition eiusdem consilij, vers. sed in patre non sic.*

35 Y Mieres en el nu. 8. vsque ad finem, Azebedo en el n. 45. y Angulo en el num. 1. de los lugares referidos resuelven lo mesmo en nro fauor.

36 Y Baeça vbi supra habla en mejora hecha por via de dote a la hija, y dize, q̃ la dicha mejora fue nula, por la prohibició de la ley del Reyno, q̃ prohibe se pueda mejorar por via de dote; y en el caso que este autor refiere no huuo segundo matrimonio, como en el nuestro, demas de el primero, que fue putatiuo; y assi resuelve en el num. 16. y 23. que en nuestro caso se deue la dote prometida; en el num. 16. en estas palabras: *Itaque matrimonium iam est in suo casu secutum, licet non illud pro quo pater promissit dotem: hic autem loquitur de tempore quando nullum matrimonium est sequutum.* Y en el num. 23. his verbis: *Ne autem vllus remaneat scrupulus, animaduertere visum est, Decium in d. cons. 35. colum. 3. loqui quando secundum matrimonium contractum fuit, hic autem quando nullum secutum fuit.* De forma que hablando este autor, en caso que no se siguio el primer matrimonio, o que ya contraydo detectum fuit invalidum,

lidum, si despues de esto la hija contraxo segundo matrimonio, resuelue que consiste la promessa dotal, que el padre le hizo, vt in n.9. & 24.

37 Finalmente los autores referidos, cita, y junta Francisco Molino in tract. de ritu nup. lib.3. q.6. y en el num.55. y 56. dize, que los dichos autores hablan en donacion voluntaria, que excede la legitima; lo qual no corre en promessa dotal hecha a la hija, y que cabe en su legitima, como en el caso deste pleyto, sus palabras son las siguientes: *At casus noster diuersus est in pacto, seu donatione voluntaria legitimã excedente, quæ licet fauore matrimonij, non tamen valere potest regulariter; ideô non omnia pacta matrimonialia fauorabilia sunt, sed quæ ad iuris metas regulantur, vndè quod vulgo dicitur donationem inter patrem, & filium, vel filiam, ex causis dotis valere intelligendum de ea quæ legitimam pertingit, aut parum plus.*

TERTIA DIFFICVLTAS.

38 MAS Contra la diferencia propuesta entre el padre, y el estraño, desde el num.27. en que emos fundado latamẽte, que la promessa de dote, que el padre haze, es por cõtẽplacion de la hija, no por contemplacion del matrimonio cierto, y ya destinado, como la que haze el estraño, se podrà oponer por la parte contraria la ley si extraneus 6. ff. de condit. causa dat. donde el I. C. Vlpiano videtur resoluere, que la dote prometida por el estraño, o el padre auiendose entregado, le compete la repeticion a qualquiera dellos, condictione causa data, causa nõ secuta, no consiguiendose el matrimonio, vt in illis verbis Consultus asserit: *Quasi causa non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimoniũ dedit, matrimonio non copulato*: y despues hablando en la dote dada por el padre, dize desta suerte: *Sed & si pater pro filia det, & ita conuenit, nisi euidenter aliud actum sit, condictionem patri competere Marcellus ait*; y q̃ respeto de auerse declarado por nulo el matrimonio contraydo por la dicha doña Iosepha Arias Montano con el dicho Antonio Pastor, cõpete a sus padres la condiccion causa data, causa non secuta, y no tener la susodicha accion para cobrar la dicha dote.

39 Sed minimè obstat huius textus decisio, porque para su inteligencia supongo, que quando en la promessa dotal el padre, o el estraño interponian estipulacion de dote, sibi reddenda, tan solamente se les adquiria accion para cobrar la dicha dote, en los casos que se expressauã en la dicha estipulacion, y no en los que se omitian, porque en estos se le adquiria la accion a la muger para pedir la dote, fuesse hija, o estraña, vt probat textus in l. si cum dotem, ff. soluto matrim. his verbis. *Si cum dotem*

dotem daret pater, vel extraneus pro muliere, in vnum casum pepigit, vel in diuortium, vel in mortem: dicendum est, in eum casum inquem non pepigit, esse mulieri actionem. Y es esto tan cierto, que la estipulacion que el padre interponia, auia de ser incontinenti, a el tiempo que a la hija se le podia adquirir la accion, porque si despues quisiesse el padre interponer la estipulacion de dote sibi reddenda, no podia por ser en perjuyzio de su hija, a quien ya se le auia adquirido la accion, text. est in l. quoties, ff. solut. matr. vbi Consultus ait: *Quotiens pater dotem dat, & stipulatur, ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si in continenti stipuletur. Cæterum si interposito tempore stipulari vellit, non nisi consentiente filia poterit, quamuis in potestate sit, quia deteriorem conditionem in dote filiæ facere non potest.* l. cum dos filiæ, ff. de pactis dotalibus, ibi: *Si vero post datam pacisci vellit vtriusque persona in paciscendo necessaria est, quoniam iam adquisita mulieri dos tum esset.* l. post nuptias 28. ff. de iure dotium.

40 Lo segundo presupongo, que quando llegaua el caso de la estipulacion, el estraño tenia accion para cobrar la dote, y cobrada se le adquiria el dominio della; y no tenia obligacion de darla para segundo matrimonio, sino lo consentia de nueuo. l. stipulatio de dote 63. ff. de iure dotium.

41 Lo qual no corria en el padre, porque aunque ex vi stipulationis, se le adquiria la accion para cobrar la dote, no adquiria el dominio de ella, porque siempre era de la hija, y asi passaua la dote a poder del padre, con cargo, y obligacion de darla a la hija en otro qualquier matrimonio que contraxesse, l. cum pater 77. §. pater certam, ff. de legat. 2. q̃ aũq̃ se han referido sus palabras, parece no poder dexar de repetirlas en este lugar, ibi; *Quoniam verisimile non erat patrem interponi stipulationem voluisse, quod filia post primas nuptias indotata constitueretur.* Y el authentico de æqualitate dotis, §. quia vero, collat. 7. dum ait: *Quid enim egerat, si non contigisset secundis eam nuptijs copulari.* Galganetus de iure pub. lib. 3. dict. tit. 99. nu. 52. & 53. his verbis: *Dos enim semel constituta transit in dominium filiæ irreuocabiliter, nec dum pro primo matrimonio, pro quo promissa fuit, sed absolutè,* Et postea. *Et si ad patrem reuertitur non confunditur in eius patrimonium, sed filia eam habet præcipuam penes patrē, vt testatur Siluanus cons. 2. nu.* 61. Pascalis de viribus patriæ potestatis, 1. p. c. 4. num. 82. ex quo transcripsit Galganetus vbi supra, Menochius de arbitr. lib. 2. cent. 1. casu 88. nu. 39.

42 Y la causa porque se le daua a el padre la accion para cobrar la dote siẽdo de su hija, era porque si ella la cobrara, y disipara, tenia el padre

obligació de bolverla a dotar de nueuo,sic Magister Bart.in l.2.§.quod si in patris,ff.solut.matr.qui sic ait;*Ne si filia haberet actionem integram, & peteret, & perderet dotem pater cogatur iterum eam dotare.* Cor-rasius in l.si constante, ff.soluto matr.n.7.in illis verbis:*Tunc quod amissa dote,pater filiam rursus dotare sit obstrictus*, Iason in d.l.2.§.quod si in patris,nu.34.ibidem Zazius nu.10.Campegius de dote,q.71.Baeça de non meliorandis ratione dotis filiabus,cap.16.nu.29.

43 Con lo qual se entenderà agora la dicha ley si extraneus,pues la causa porque en ella se concede a el padre la condicció,auiendo interpuesto la estipulacion, es para conseruar la dote, no para apropiarla, ni adquirir el dominio della;y aunque le compete la condiccion,causa data, causa non secuta, no auiendose conseguido el matrimonio, es porque la promessa dotal se resolvio tan solamente,quoad maritum nô quoad filiam, porque en quanto a ella quedó firme, vt eleganter resoluit Galganetus de iure pub.d.lib.3.tit.99.nu.56.en estas palabras:*Ex qua conclusione sequitur,quod quamuis matrimonium non sequatur, & sic illa promissio respectu viri resoluatur,tanquam causa dati non secuta, vt dictum est iuxta textum in l.si extraneus.ff.de condict.ob caus.nihilominus remanet firma illa tacita donatio,quã lex intelligit ad benefitiũ filiæ.* Lo mesmo resuelve Pascalio de virib.patr.potest.1.part. cap.4. num.109. & 110. Decius cons.35.

44 Y si bien se aduierte,antes manifiesta la dicha ley si extraneus,la justicia de la dicha Doña Iosepha Arias Montano, porque en ella dize el Cõsulto,que si el padre interpuso el pacto, de que se le bolviera,a el la dote in quécumque casum soluti matrimonij,le compete la condicció non secuto matrimonio,sino es que *aliud euidenter actum sit*, como en el caso deste pleyto,pues sus padres de la dicha Doña Iosepha en la escriptura dotal hizieron pacto expresso,y euidente, de que se le bolviera la dote a la susodicha,en qualquiera de los casos que el dicho matrimonio se dissoluiesse,por muerte,o por vida,y no estipularon se les boluiesse a los susodichos la dicha dote, como en el caso de la dicha ley si extraneus. De forma, que quando el padre auiendo prometido la dote, estipula se le buelva a la hija,o no estipula se le buelva a el, in casum soluti, vel non secuti matrimonij; le compete a la hija la accion para cobrar,y repetir la dote,por auer sido voluntad del padre,que entrasse en poder de la hija, de quien en los dichos casos no presumio disipacion de la dicha dote, por cuya causa no estipulò se le bolviera a el.l. si cum dotem,ff.soluto matrim. & denique la dicha ley si extraneus, habla en caso que no se siguió ningun matrimonio, y en el de nuestro pleyto se han

han seguido dos, el primero putatiuo, y el segundo, que oy consiste cō el dicho Doctor Don Pedro de Abaunza, lo qual basta, como emos fundado en los puntos antecedentes.

QVARTA DIFFICVLTAS.

45 OPonese tambien por la parte contraria, que en el matrimonio putatiuo, la accion, y priuilegios dotales que se le conceden a la muger, es tan solamente para repetir la dote del marido, no del padre; mas a esta dificultad responde elegantemente Galganeto, lib. 3. de iure publico, tit. 99. nu. 92. & 93. his verbis: *Illustratur rursus constantia veritatis, & iustiæ quam tuemur, ex eo etiam quia sponsa de futuro consequitur omnia priuilegia dotis, ac si matrimonium esset contractum. l. 2. §. fin. ff. de priuileg. credit. ita quod pro dote sponso tradita, intuitu matrimonij contrahendi, habet tacitam hypothecam, omniaque alia priuilegia dotalia, etiam matrimonio non secuto, prout tenet glossa in d. §. fin. & sicut cōtra sponsum, ita, & contra promittentē, quia dos est ius quodam vniuersale, & idem ius quod fuit quæsitum mulieri contra sponsum, vt puta pro consequenda parte dotis promissæ, & eidem traditæ, procedit etiam respectu totius promissæ cōtra promittentem, ex regula text. in l quæ de tota, ff. de rei vendic. Non enim possunt stare, quod habeat actionem contra sponsum pro ea parte quam recepit, & non contra patrem qui promissit.* Hoc argumento ad hoc propositum egregie vtitur Siluanus in d. cons. 2. sub num. 86. vers. vlterius considerandum est, pro hac conclusione faciunt notata, per Andr. in cap. 1. sub num. 4. vers. sed si tradidit, & in §. traditionibus factis per totum tit. quid sit imbestitura, & quæ in simili notat Cephalus in cons. 336. n. 17. lib. 3. Vease a este autor en los numeros siguiētes, lo mesmo resuelue Philippus Pascalis de viribus patriæ potestatis, 1. part. cap. 4. nu. 99. & 100. que por ser casi vnas mesmas palabras, que las de Galganeto no las transcribo.

QVINTA DIFFICVLTAS.

REconociendo la parte contraria ser euidente la justicia de la dicha
46 Doña Iosepha, se pretende valer de vna cautela; y assi dize, que por lo menos se ha de pagar la dote de la susodicha por mitad, y que se ha de satisfazer con la dote, que la dicha Doña Maria de Salas su madre lleuò a poder del dicho Manuel Santos de Saldaña su marido, no de los bienes ganáciales q̄ teniā a el tiempo de la promessa dotal, porq̄ estos quiere no se consideren, sino a el tiempo q̄ se dissuelve el matrimonio.

47 Mas la dificultad referida no tiene fundamento, conforme a la expressa disposicion de la ley 53. de Toro, que dize: *Si el marido, y la muger duran-*

durante el matrimonio casaren algun hijo comun, y ambos le prometieren la dote, o donacion propter nuptias, que ambos la paguen de los bienes, que tuuieren ganados durante el matrimonio. Vbi notari debet illud verbum, *tuuieren*, denotare tempus præsens: y la razó, porque la dote prometida por los padres se à de pagar de los bienes gananciales, que auia a el tiempo de la promessa conforme a la disposició de la ley de Toro referida, es porque el marido, y la muger contraen sociedad, y compañia, y de la mesma suerte, que a el marido se le adquiere el dominio de la mitad de los bienes gananciales, ita ipso iure, se le adquiere a la muger, vt probat textus in l. 47. tit. 28. p. 3. ibi; *Otro si dezimos, que toda ganancia que qualquier dellos haga, que el señorio della passe a los otros tambien, como si cada vno dellos la huuiesse hecho.* l. 1. §. finali. l. 2. ff. pro socio, Ioan. Garcia in cap. de coniugali ac quæstu. nu. 187. & 188. Matienzo in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recopilat. gloss. 3. à nu. 5. Couarr. lib. 3. variar. resolut. cap. 19. nu. 2. Casaneus in consuet. Burgundiæ rubrica 4. §. 2. verb. & participat, à num. 6. vsque ad fin. Gomez de Leon decis. 1. nu. 11. Segura de bonis constante matrimonio adquis. nu. 44. Ayora de partition. 2. p. q. 41. nu. 45. Antonius Gomez tom. 2. variar. c. 5. nu. 3. in fin. Baeça de non melior. ratione dotis fili, cap. 11. nu. 106. Molin. in consuet. Parisiens. §. 25. col. 1.

48 La segunda razon, en que se fundó la dicha ley de Toro, para que la dote prometida por los padres se pague de los bienes gananciales, que auia a el tiempo de la promessa, fue por fauor de la madre, porque no quedara indotada, pues se supone por cosa llana, que quando los padres dotan a vna hija, le prometen conforme a el caudal que tienen; y si la dicha dote prometida a la hija fuesse a plazo cierto, y antes que este se cumpliera muriera el padre, y dexara tantas deudas, que en los bienes gananciales no huuiera para pagarlas, si se dixera, que la mitad de la dote la auia de pagar la madre de su capital, y este no fuera bastante para satisfazer la dote de la hija, si se huuiera de pagar del capital de la madre no ay duda que venia a quedar indotada, como sucediera en nuestro caso; y assi quiso la ley, q̃ la dote prometida por los padres, cõstante el matrimonio, se pagasse de los bienes gananciales, pues ya quedaron obligados, y hypothecados los dichos bienes gananciales a la promessa de la dicha dote, desde el dia en que se otorgò la dicha escriptura dotal. l. vnica. §. & vt plenius, C. de rei vxor. act. Y como no se puede negar, que las deudas contraydas durante el matrimonio, se han de pagar de los bienes gananciales, conforme a la antelacion de las obligaciones hypotecarias, sin llegar a cobrar de la dote de la muger: de la mesma suerte la dicha D. Iosepha ha de cobrar la dicha dote de los bienes

nes ganancіales,conforme a la fecha de la escriptura, no del capital de su madre, pues no se puede dudar, q̃ esta sea deuda contrayda durante el matrimonio,y sociedad de sus padres: de forma,q̃ la dicha ley de Toro miró a fauorecer las dotes de las madres,que dotauan sus hijas,porque si algunos acreedores despues de la muerte del marido quisiessen cobrar sus debitos, no quedasse indotada la madre, si dixessen, q̃ la dote prometida a la hija se auia de pagar de su capital; y assi quiere le ley, que la dicha dote se entendiesse auerse de pagar de los bienes gananciales, que tenia la madre a el tiempo de la promessa dotal; y esto se haze euidente,y ser impossible entenderse el primer caso de la dicha ley de Toro de otro modo, con q̃ el beneficio que por ella se concede no tuuiera efecto,si se huuiera de entender la paga de la dicha dote, en caso de dissuelto el matrimonio;porq̃ en este supuesto,que a la muger dotante se le auia de bolver su dote,y la mitad de los bienes gananciales,no auia para que hazer distincion,q̃ se pagasse la dote prometida a la hija de los bienes gananciales, o de la dote de su madre, pues era lo mesmo pagarse de vnos bienes que de otros:y assi el beneficio que cõcedio la dicha ley,fue para que cayera la hypoteca sobre los bienes gananciales, que entonces auia por reseruar la dote a la madre, porq̃ no quedasse indotada.

49 Todas las razones referidas son las q̃ ay de justicia por parte de la dicha D.Iosepha Arias Mõtano, y las de congruencia q̃ hazẽ en su fauor, y del dicho Doctor D.Pedro de Abaũza,son auerse casado el susodicho con la dicha D.Iosepha a titulo de la dicha dote,para sustentar las cargas del matrimonio;del qual tiene el dia de oy dos hijas,q̃ poner en estado, y quedarà totalmente destruydo sino consiguiera la dicha dote. Y como quiera q̃ sea quando huuiera algunas doctrinas encõtradas en el caso deste pleyto,q̃ no las ay,sino fundamentos muy solidos, y juridicos en su fauor. In ambiguis pro dotibus iudicare melius est.l.in ambiguis 70.ff.de iure dot.c.fin.de sent.& re iudicata.l.1.ff.solut.matr.Fõtanela de pact.nupt.tom.2.claus.5.glos.1.p.2.n.78.Decius cons.120. n. 6.Iacobus Mandel.cons.445.n.6.Andreas Molfes.cons.3.n.33.& alij innumeri quos referre,esset in infinitum procedere.Particularmente auiẽdo,como ay,tantos textos,y doctrinas de grauissimos Doctores antiguos,y modernos, que fauorecen la justicia de la dicha Doña Iosepha Arias Montano.

Ex quibus omnibus,parece auerse de confirmar la sentencia del Ordinario a la letra. Salva en todo la dignissima correccion de V.m. cui hæc pauca libenter submitto.

Doctor D.Pedro de Abaunza.